

# 国際私法における既成事実の 例外的連結について

## The Clause of *Fait Accompli* Exception in Private International Law

笠原 俊宏

- 目次
- 1 前書き
  - 2 国際私法における例外条項
    - (1) 公序条項
    - (2) 強行規定特別連結理論
    - (3) 一般例外条項
  - 3 既成事実の例外的理論
    - (1) 既成事実の例外的背景
    - (2) 既成事実の例外的要件
    - (3) 既成事実の例外的理論の分析
    - (4) ジンバブエ事件
    - (5) 既成事実の例外的連結の合法性
    - (6) 既成事実の例外的理論に対する評価
  - 4 若干の考察
    - (1) 例外条項との関係
    - (2) 既得権理論との関係
    - (3) 総括的考察
  - 5 後書き

### 1 前書き

アメリカ抵触法革命の余波を受けて、西欧諸国を始めとして、大陸型国際私法諸国においていわゆる「国際私法の危機」が叫ばれ、早くは1960年代から、そして、なお、現在に至るまでの長い年月に亘り、従来の明確ながら硬直な抵触規則からの脱却が模索された。そして、解決の予測性ないし法的安定性の確保という法目的の基本的枠組みを放棄することなく、解決の具体的妥当性を可及的に追求した結果、大陸型国際私法の構造を維持しながら、数々の柔軟な連結規則ないし是正条項を導入することをもって、従来の硬直な国際私法（いわゆる第一世代の国際私法）を改革して、個々の涉外私法関係に柔軟に対処することができる新たな国際私法（いわゆる第二世代の国際私法）へと変身するための方法を確認するための努力が重ねられ、それにより、一先ず、その危機を

脱出する途を見い出したように見られる<sup>1</sup>。

新しい国際私法の中核となっている「密接関連性の原則」及び「弱者利益の保護」の理念は、第二世代の国際私法における両輪となり、今日における国際私法の基本原則として、諸国の国際私法を牽引する役目を果たしている<sup>2</sup>。改革された諸国国際私法立法においては、それらの基本原則を表現する総則規定及び各個法律関係の抵触規定、更に、それらの基本原則から派生する諸規定が置かれている。それらの諸規定が採用する規則は、何れも、同様に、各個法律関係についての抵触規定に依って指定された本来の準拠法の適用を是正することを目的とするものである。しかし、それらの是正条項についても、外国法の適用を本来的に前提とする国際私法に端から置かれていた規定、及び、一定の利益衡量の下に、保護されるべき利益の確保のために新たに採用された規定の2つの種類のものが併置されていることが看取される。前者は、第一世代の国際私法において既に見られたものであり、例えば、公序条項や法律回避の無効を定める規定等が挙げられる。それに対して、後者は、第二世代の国際私法において導入されるに至ったものであり、例えば、「密接関連性の原則」を前提とした一般例外条項や「弱者利益の保護」のための強行規定の特別連結を定める規定等がそれとして挙げられる。

本稿においては、国際私法における是正条項の一つとして、「既成事実の例外」(*Fait Accompli Exception*)の理論を定める規則について、特に2011年のオランダ国際私法(民法典第10編)中の規定を中心として取り上げて、それを検討することにより、今なお進行中である大陸型国際私法の改革の動向の一端を窺い、今後における国際私法のあり方に関わる問題として、若干の考察を試みることにしたい<sup>3</sup>。

1 Symeon C. Symeonides, *Codification and flexibility in private international law*, in: K. B. Brown/D. V. Snyder (eds.), *General reports of the XVII th Congress of the International Academy of Comparative Law/Rapports Généraux du XVII ème Congrès de l'Académie Internationale de Droit Comparé*, 2012, p.167 et seq.

2 Symeonides, *op. cit.*, p.174 et seq.

3 2011年のオランダ国際私法(民法典第10編)については、拙稿「オランダ国際私法(2011年)の邦訳と解説(1)~(8・完)」戸籍時報702号8頁以下参照。

## 2 国際私法における例外条項

### (1) 公序条項

オランダ民法典第10編第6条は、抵触規則が指定した外国法の適用の結果が、オランダ法秩序の基本的な価値及び原則と抵触することとなる場合に、それを排除する可能性を定めたいわゆる公序条項である。その発動が例外的であり、指定された外国法上の制度がオランダ法と大きく異なるだけでは足りないことは、オランダが批准した多くの条約において採用されている「明らかに相容れない」という文言によって表現されている<sup>4</sup>。そして、内国関連性の存在を前提とした上で、公序違反の判断基準とされる基本的な価値及び原則に関しては、その例外的発動を顧慮して、外国法の内容が法廷地法秩序と相違するだけでは足りず、実際に、特定の事件において適用された結果が法廷地法上の公序に違反する場合でなければならないということは確立された共通認識であり、オランダ国際私法の場合もその例外ではない。

しかし、オランダ民法典第10編の立法理由において注目される説明として、外国法の内容がオランダ法上の適切かつ許容される基準を逸脱している場合には、その内容をもって、直ちにオランダ法秩序と相容れないものであると考えられる。例えば、民事死亡 (*civilter mortuus*) の宣告による全ての民事上の権利の喪失とか、人種に因る婚姻障碍が規定されている場合がそれとして挙げられている。かような内容を有する外国法が指定された場合には、オランダとの関連性の如何に拘わらず、オランダ法においては斥けられることとなる<sup>5</sup>。又、外国法の内容が許容できないものでなくとも、その適用がオランダ法上の観念において耐えられない結果へ導くときは、事案とオランダとの関連性の程度の如何により、その適用の排除が考慮されることとなる。そして、その逆の場合も考えられる。例えば、外国における婚姻の承認に関するオランダ民法典第10編第31条及び第32条の趣旨から、外国法の下にオランダ人の間の重婚が有効で

4 Mathijs H. Ten Wolde, Codification and consolidation of Dutch private international law : The Book 10 Civil Code of the Netherlands, *Yearbook of private international law* 2011, p.396.

5 Ten Wolde, op. cit., p. 397.

ある場合には、当該婚姻はオランダ法の下においても有効とされることとなるものと考えられる<sup>6</sup>。

公序概念の決定においては、国内公序と国際公序（超国家的公序）とが区別される。欧州公序、すなわち、欧州連合における公序概念については、加盟諸国の公序概念に依存している側面も見られるが、それに独自の面も認められる。欧州連合法の加盟国国内法に対する優位に鑑みて、公序概念についても、欧州共同体ないし欧州連合におけるそれがオランダ裁判所によって顧慮されなければならないこととなるであろう。それとして、具体的には、1950年の欧州人権条約上の公序概念がある。更に、何れかの国との関連性に拘わらず、世界の取引において考慮されるべき普遍的公序として、マネー・ロンダリング、武器の闇取引、テロ行為、有毒（廃棄）物質、人身売買、子の奪取、移植及び実験のための臓器の違法売買、動植物の保護、環境一般、世界的文化遺産の保護を基準とすることが、オランダ裁判所に求められている<sup>7</sup>。

又、オランダ民法典第10編第6条の想定外とされている外国法上の公序との関連において言えば、本来の準拠法が、事案と密接に関係している何れかの外国の法秩序におけるそれと相容れない場合には、オランダ裁判所が当該外国のそれを考慮することは退けられるものではない。これは、第三国の支配的な強行法規の適用と交錯する問題であり、同第7条第3項が規定しているところである<sup>8</sup>。

尚、本来の準拠法の適用が排除された結果、その補充法を何れの国家の法に求めるべきかについては、一般的な規則は示されていない。従って、裁判所が事案の状況に照らして決定することとなるが、実際には、法廷地法であるオランダ法をもって補充されることとなるものと見られている<sup>9</sup>。

## （2）強行規定特別連結理論

オランダ民法典第10編第7条は、内外国の強行規定の優先的適用について規定している。本条がローマI規則第9条に由来するものであることは明らかで

6 Ibid.

7 Ten Wolde, op. cit., p.397.

8 Ten Wolde, op. cit., p.397 et seq.

9 Ten Wolde, op. cit., p.398.

ある。強行規定の概念については、「本来の準拠法に拘わらず、公共の利益の保護のため、不可避的に適用されるべき規定」と定義されており、そして、「国家の政治的、社会的、経済的機構の利益」を公共の利益とする（第1項）。フランス民法典第3条第1項に言う「警察及び安寧の法律」（*lois de police et de sûreté*）にほぼ相当するであろう。具体的には、不正競争防止法、外国為替規制法等の経済計画に関する諸規定や労働者保護のための諸規定がそれとして挙げられている<sup>10</sup>。

強行規定の優先的適用においては、法廷地法上のそれと外国法上のそれとが考えられる。本条は、先ず、オランダ法（法廷地法）上の強行規定の優先的適用を規定し（第2項）、外国法上の強行規定のそれについては、本来の準拠法上の強行規定と密接関係法上のその性質及び目的、適用又は不適用の結果を考慮して決定することを認めている（第3項）。一般に、消費者保護や労働者保護が「弱者利益の保護」として、それを定める外国法の適用に強行性が認められている。

### （3）一般例外条項

オランダ民法典第10編第8条は、いわゆる一般例外条項である。すなわち、「密接関連性の原則」に基づき、密接な関連性を有すると推定された連結点を介して指定された本来の準拠法が、全ての事情を考慮して、密接な関連性が明らかに僅かしか存在しないこと、及び、より多くの密接な関連性が他の法との間に存在することを条件として、例外的に、本来の準拠法の適用を斥けて、より密接な関連性を有する法を適用すべきことを定める規定である。同様の規定は、スイス国際私法典第15条やベルギー国際私法典第19条を始めとして、数多くの立法に見られる。密接関連性の存在は、国際私法上の客観的要素に基づいて判断され、「有利性の原則」や「弱者利益の保護」の理念のような実質的判断の介入は、オランダ民法典第10編第8条第1項が想定するところではない<sup>11</sup>。尚、準拠外国法が、当事者に依って選択された場合には、当事者自治の趣旨から、一般例外条項の適用はない（第8条第2項）。

<sup>10</sup> Ibid.

<sup>11</sup> Ten Wolde, *op. cit.*, p.399 et seq.

### 3 既成事実の例外的理論

#### (1) 既成事実の例外的背景

上述のような公序条項、強行規定の特別連結、一般例外条項の他にも、本来の準拠法の適用を斥ける規定として、オランダ民法典第10編第9条が置かれている。同条は、「オランダ国際私法に従って適用される法律に反し、関係外国の国際私法によって指定される法律の適用において、法的効果は何れかの事実へ帰するとき、同一の法的効果を認めないことが当事者の正当な期待又は法的確実性の許容できない侵害を構成する限り、かような法的効果は、オランダにおいて、当該事実へ帰することができる。」と規定しており、比較国際私法においても特異な規定である。

同条の目的は、オランダ抵触法の適用の結果を受け容れられない当事者が、それと異なる法を指定する外国抵触法の適用を想定する場合に、それに干渉することにより、「当事者の正当な期待」又は「法的確実性」を確保しようとするものである。換言すれば、何らかの法律関係（事実又は行為）に関して、オランダ抵触法に依って適用される法から生じない法的結果であっても、外国抵触法に依って適用される法から、それが生じる場合には、後者の解決に拠らしめることができるとするのが本条の趣旨である。このように、本条は、オランダ抵触法が外国抵触法のために途を譲るべきことを定めているが、そのためには、当事者が、「関係外国の国際私法」、すなわち、密接な関係を有する外国の抵触法が指定する法に依って、その者の法律関係が規律されることを正当に期待しており、かつ、当該期待を損なうことが不当でなければならない。「既成事実の例外的連結」は、外国法上の法的結果を抑制することが許容し難い法的確実性の侵害となる場合に生じる問題でもある<sup>12</sup>。

同条は、諸国の国際私法の内容が異なっているという現実を直視して、オランダ国際私法以外の外国国際私法に依れば、当事者の法律関係が保護されることとなることが合法的に信頼されている場合に、その信頼が正当化される限り、

---

12 Ten Wolde, op. cit., p.400 et seq.

裁判所が当事者の期待を保護することを可能なものとしなければならないということを表明している<sup>13</sup>。換言すれば、何れの国の国際私法であれ、結果的に、当事者利益の保護をもたらす国際私法が最も適切な国際私法であるということの意味している。

## (2) 既成事実の例外の要件

既成事実の例外が適用されるためには、次に掲げる3つの要件が累積的に充足されなければならない。すなわち、(i) オランダ抵触規則が関係外国の抵触規則が送致する法とは異なる法へ送致すること、(ii) 外国の抵触規則に従って適用される法に依って当事者の法的立場が規律されることにつき、当事者が正当な期待を有すること、(iii) 外国の抵触規則に従って適用される法に依って規律される法的立場を認めないことが、当該正当な期待及び法的確実性の許容し難い侵害をもたらすこととなることである。但し、第9条の文言からは、上記3つの要件が充足された場合であっても、裁判所は当該例外を適用することを義務付けられておらず、それを適用するか否かは、裁判所の判断に懸かっている<sup>14</sup>。

第一の要件である「関係外国」の意義については、立法理由に依れば、一般的に決定することはできず、個々の事件の状況に照らして決定されなければならない。先ず、当事者は当該国家と一定の関連性を有していなければならないが、事実関係が当該外国において発生したことは要求されない。2002年6月1日に、国際私法常設委員会が法務省へ提出した「オランダ国際私法典のための総則規定に関する報告書」によれば、「関係外国」には、例えば、共通国籍又は共通住所のように、当事者によって主張された権利の創設の当時、当事者が密接に関係していた国家が含まれる。すなわち、当事者の国籍、及び、実際の地理的資料が外国との関連性の決定における一つの基準となり、その基準時は、当事者によって主張された権利の創設当時である<sup>15</sup>。

次に、第二の要件である「当事者の期待」については、立法理由は何ら言

13 Ten Wolde, op. cit., p.403.

14 Ten Wolde, op. cit., p.401.

15 Ten Wolde, op. cit., p.401.

及しておらず、上記国際私法常設委員会報告書が、サバー事件 (Sabah-Case) におけるオランダ最高裁判所1989年4月7日判決において判示された「正当な期待の原則」に言及している。当該事件から生じる理由によれば、それは、当事者が、正当な理由により、オランダ抵触規則に基づいて適用されることとなる法律以外の法律に依ってその法的立場が決定されると推定する何れかの専門家の助言を得て、その者の法的立場を当該推定に合わせることにより、オランダ抵触規則に代えて、外国抵触規則が適用されることを期待することが正当であった場合である<sup>16</sup>。しかし、かような期待については、それが外国抵触規則と特別に関連しなければならないか、或いは、当該期待が、何れかの特定の国家の法律の適用可能性に関し、誤った推定に基づく場合にも、ここにおける要件が満たされていると言えるかが問題となる。オランダ民法典第10編第9条の文言は、当事者が実際に「関係外国」の抵触法に依拠しなければならないと規定している。従って、当事者が期待する法的効果が一定の外国抵触法の適用の結果であるとする考えが当事者の念頭に欠けていた場合には、同条が定める「例外」の適用の要件を充たさないこととなる<sup>17</sup>。

そして、第三の要件である「正当な期待及び法的確実性の許容し難い侵害」について、立法理由によれば、そのような文言から、既成事実の例外は正しく例外的な事件においてのみ適用されることとなる。準拠法に関する当事者の期待を顧慮しないことが深刻な当事者の権利侵害を惹起することとなる場合についてのみ、既成事実の例外が適用されることが目されており、そして、第三の要件の実際の判断においては、それがオランダの価値によって色付けされていることは明白であると見られている<sup>18</sup>。

### (3) 既成事実の例外の理論の分析

オランダ民法典第10編第9条において、既成事実の例外的連結の規定は総則として導入されている。もとより、オランダ判例及び学説においては、当該規定が置かれる以前に確立された規則はなく、立法理由にも、それが導入された

---

16 Ten Wolde, op. cit., p.402.

17 Ibid.

18 Ibid.



理由については、何らの言及もなされていない。しかし、前記国際私法常設委員会報告においては、それについて、「国際私法常設委員会が考えるには、既成事実の例外の立法化の必要性がある。国際私法制度における相違が存在している現状からして、国際的な司法問題において、当事者が、オランダ国際私法制度と異なる何れかの国際私法制度に依り、それらの者の法的地位が決定されることを合法的に正当に信頼する状況が存在することもありうる。このような信頼が正当である時には、裁判所がそれらの期待を保護することを可能としなければならない。」と説明されている<sup>19</sup>。更に明確な理由付けにおいて、国際私法常設委員会が既成事実の例外の導入の根拠としているのは、最高裁判所の前出サバー判決において判示された「正当な期待の原則」、及び、法的確実性である。国際私法常設委員会の多数意見によれば、かつて、例外の範囲は、保護することを巡って問題となる権利を創設する国家の抵触法に基づいて適用される法律に依って付与される権利の期待の保護に制限されていた。しかし、新たに導入された明文規定における「正当な期待の原則」は、学説において支持されてきた既成事実の例外よりも大幅な適用を認めるものであり、当事者の合法的期待は、当事者へ適用される何れの抵触法における保護との関連においても値することとなる<sup>20</sup>。

但し、サバー判決において、オランダ最高裁判所によって利用された「合法的例外の原則」は、全く異なる問題に関するものであると指摘されている。すなわち、その事件における抵触規則は、何れも、オランダ抵触法との関連において、当事者の「正当な期待」の保護が問題とされたものである。オランダにおいては、長年に亘り、1976年12月の Chelouche-Van Leer 判決以前において、渉外的な婚姻財産に関する抵触規則が不明確であり、夫婦は、弁護士及び公証人によって別の抵触規則の適用を指摘され、それに従い、その夫婦財産制も可能な限り当該規則に適應させていたが、その一方、学説は、当該規則の妥当性について反対していた。かような状況の下において、オランダ最高裁判所は、当事者が有資格の公証人による法律助言から派生した「正当な期待」を保護し

19 Ten Wolde, op. cit., p.403.

20 Ibid.

ようとしたものである。しかし、抵触規則の抵触問題について、国内の経過的抵触法（時際法）に言及するいわゆる「サバーの例外」による補正が正当と言えるかは疑問であると指摘されているが、国際私法常設委員会報告は、その点について答えていない<sup>21</sup>。

#### （４）ジンバブエ事件

オランダ抵触法に基づいて適用されるべき実質法を経由して、外国抵触法の適用に依って取得された法的地位に対する当事者の信頼が達成されているのが、ジンバブエ事件（Zimbabwe Case）における1993年3月19日のオランダ最高裁判所判決<sup>22</sup>である。本事件は、次のような事案である。1965年、2人のオランダ人が、当時、双方が居住するローデシア（現在、ジンバブエ）において婚姻した。夫婦が、1976年、南アフリカへ移住し、更に、1980年、オランダへ移住した後、1984年、婚姻がオランダ裁判所によって解消された。その結果、夫婦の婚姻財産制について、何れの法律が適用されるべきであるかの問題が浮上した。オランダ国際私法に依れば、共通国籍の法であるオランダ法が適用されることとなり、オランダ法の下には多くの共有財産が存在した。手続中に、妻が、夫婦間の別産制を採用するローデシア（現在、ジンバブエ）法が適用されるものと思っていたと主張した。婚姻に際し、当事者が、最初の婚姻住所であるローデシアの抵触法に依拠することを合意したか否かは定かではない。オランダ民法典第10編第9条の規定の適用により、かような回り道は不要となったが、果たして、同条が、同事件において、それが担われた役目を果たせる場合であったかを検討してみることとしたい。

本事案について検証すれば、大凡、以下のごとくである。まず、ローデシアが第9条に規定された第一の要件である「関係外国」であることに関しては、オランダ抵触規則とローデシア抵触規則とは異なる法律を指定しており、夫婦が、婚姻当時、ローデシアに平常的に居住していたため、ローデシアは「関係外国」であると言うことができる。しかし、第二の要件である「当事者の期待」に関し、夫婦が、ローデシア抵触法に依ってその法的地位が決定され

21 Ten Wolde, op. cit., p.403.

22 NJ 1994, 187.

ることについて、「正当な期待」を有していたと言えるか。手続において、妻は、夫婦の婚姻締結の当時、ローデシア抵触法が適用されることを前提としたことを示す証拠を何ら提出しなかったが、6年後、妻がジンバブエの土地を購入した時の証文が、夫との共有財産制が適用されない婚姻を締結したことを示していた。しかし、そこからローデシア抵触法の適用を推定することができるかは疑わしく、そして、第三の要件である「正当な期待及び法的確実性の許容し難い侵害」に該当する事例であるかについても、見解が分かれるところである<sup>23</sup>。一般的に言って、共有財産制を採用するオランダ法上の制度に基づき、妻の財産の半分を入手することができる夫に対しては、何らの共感も覚える余地は認められない。又、本件事案の状況に照らして、オランダの一般的共有財産制によってもたらされる結果は、極めて不公平であるというのが、大方の考えるところであるように感じられる。しかし、その一方、不公平と見られる実質法の結果を是正するために抵触法を利用することが、果たして望ましいことであるかについては、少なからず、疑問が呈されている。本来、例外条項は、「当事者の正当な期待」を保護するためよりは、寧ろ、好ましくない実質の結果を是正するために使用されるべきものであると考えられるからである<sup>24</sup>。

#### (5) 既成事実の例外的連結の合法性

既成事実の例外的連結の規則の適用における大きな困難は、外国抵触法の適用可能性に関する「当事者の期待」が正当化されるかを如何に判断すべきかということにある。当事者が、例えば、法律の専門家に助言を求めた結果、オランダ抵触規則に基づいて適用されることとなる法律とは別の法律に依ってその法的地位が決定されることを推定し、そして、その結果、その者の法的地位をかような推定に依拠する等、正当な理由をもって、オランダ抵触規則の代わりに、外国抵触規則が適用されることを信頼するに至ったような場合には、「正当な期待」が存在することとなるであろう。しかし、實際上、この要件を正当な判断基準として実体化することは困難である。例えば、当事者が専門家からの助言を求めたとしても、当事者が現に助言を信頼するか、そして、その期待

23 Ten Wolde, op. cit., p.404.

24 Ten Wolde, op. cit., p.405.

が正当化されるものであるかは別次元の問題であるからである。当事者の真の信頼が形成されていると判断するために、専門家は如何なる程度まで有識でなければならないか。弁護士、公証人、登録吏はその法的知識において問題はないとしても、税務顧問や会計士、法律援助事務所からの情報の他、個人がインターネットを用いて官庁や法律事務所のホームページ、ウィキペディアを検索した場合等、情報源は多岐に亘っている。既成事実の例外的連結の規則の適用との関連において、上記のような助言ないし情報に接することにより、全ての場合において当事者が正当に信頼したと見ることはできない。そのように見做したとしたならば、由々しい法的不確実性をもたらされることとなる<sup>25</sup>。そこで、弁護士、公証人、登録吏等の専門家からの情報の取得がない限り、「正当な期待」は存在しないというのが、支配的な立場であると見られる。

#### (6) 既成事実の例外の理論に対する評価

それでは、既成事実の例外の理論に対して、オランダ学説においては、如何なる評価が与えられているか。2011年民法典第10編の施行から、いまだ日が浅いため、その支配的な立場を定かに知ることはできないが、次に引用されるのは、当該理論に対する数少ない論評の1つであり、そして、どちらかと言えば、批判的な見解の一例である。

当該批判的見解は、以下のように論じている。法的地位が国によって異なるという現実是否定できない。関係諸国の抵触法が異なる結果、準拠法の如何により、何らかの法的地位に関しても、国によって異なる効果が与えられることとなるが、しかしながら、それをもって、直ちに異常であるとか、好ましくないと言うことはできない。法的地位の内容は、それを評価する時と場所により、常に相対的である。例えば、夫婦財産制について、住所地においては別産制が採用されているのに対して、他の国の抵触法に依れば、財産所在地へ連結されて、共有制が採用されている場合に、それらの相違が好ましくないと考えられるならば、それらの夫婦財産制に関する規定は、何れかの国において合理化されることが可能である。夫婦が一定の法域を越えてその居住環境を変更した場

---

25 Ten Wolde, op. cit., p.405.

合には、それぞれの法域の法律に依る規律の相違を探究し、必要に応じて、専門家の助言が求められることとなる。そして、誤った情報や助言から生じた損失は夫婦の負担となるが、助言が間違っていた場合には、助言者に対して賠償を求めることによって救済されることとなる<sup>26</sup>。

上記の立場から、具体的に、ジンバブエ事件について考察すれば、何よりも、当事者は、オランダへ移住した時には、国際私法をも含めて、オランダの法律がジンバブエや南アフリカのそれと異なることを認識すべきであった。婚姻締結当時は、ローデシア国際私法に依拠することが正当であったとしても、オランダにおいて家屋を取得した時、及び、オランダへ移住した時には、法的地位に関して、もはや、ローデシア国際私法に依拠することは正当ではなく、オランダとの関連性への重点の移行を察知して、オランダ国際私法規則について探究し、夫婦財産制に関して、それに従って対処すべきであった。このように解することが、国際的な法律行為の現実に適っていて正当であるという結論に到達することとなる。そして、そのような立場から、当事者に存在する「正当な期待」に基づき、オランダ抵触法の適用を制限することができるとする正当な根拠は存在しないこととなる。特定の事件における正当な結果を得るために抵触法を駆使することは好ましいことではなく、そもそも、その必要性は認められない。かくして、当事者に存在する「正当な期待」に基づく既成事実の例外的連結の規則を立法化することは斥けられるべきであると論じられている<sup>27</sup>。恐らく、このような趣旨の見解がオランダ学説においても有力であると見られる。

## 4 若干の考察

### (1) 例外条項との関係

本稿において取り上げられた2011年のオランダ民法典第10編中に置かれた既成事実の例外の規定と同様に、法廷地国際私法に依って選定された本来の準拠法の適用を排して、それとは別の法を適用すべきことを定める規則としては、

26 Ten Wolde, op. cit., p.407.

27 Ten Wolde, op. cit., p.407.

同法典同編中には、前述した公序条項、強行規定の特別連結の規則、一般例外条項がある。そこで、同じく例外条項である既成事実の例外的連結の規則が、如何なる点において特徴を有するものであるかを明確にするため、それらの3つの条項ないし規則と比較することとしたい。比較検討される点は、第一に、本来の準拠法の適用が斥けられるのは、何故であるか、第二に、本来の準拠法の適用に代えて適用される法は、何れの国の法であるか、第三に、本来の準拠法の適用に代えて適用される法は、実質法であるか、それとも、抵触法であるか、そして、第四に、本来の準拠法の適用に代えて適用される法は、如何なる資格の法であるか、という諸点である。

先ず、公序条項の場合においては、法廷地の公序（国内公序ないし国際公序）に反することとなる本来の準拠外国実質法の適用を排除して、それに代えて適用されるのは、法廷地法（自動適用説）、又は、法廷地国際私法規則に依って新たに指定される何れかの国の法（補充的連結説）であり、法廷地法として（自動適用説）も、法廷地国際私法規則に従って指定される法として（補充的連結説）も、その実質法をもって補充されることとなる。前者の場合には、本来の準拠法の適用を排除するための基準を提供する法として、又、後者の場合に、準拠法が如何なる資格の法であるかは、それぞれの国の国際私法に依って相違するが、段階的連結の規則が用意されている場合には、次善の法ということになる<sup>28</sup>。

次に、強行規定特別連結理論の場合において、本来の準拠法に優先して一定の別の法が強行的に適用されるのは、同法が、最密接関連法中の一定の利益保護の理念によって裏打ちされた強行性を有した実質規定であるからであり、それが内国強行規定であるか、外国強行規定であるかは本質的な重要性を有するものではない。但し、強行性の目的において、前者の場合には、広く法廷地の公益の保護がそれであるのに対して、後者の場合には、弱者利益の保護等にそれが限定されることが多く、しかも、最密接関連法中のそれに限定されるところに特徴が見られる<sup>29</sup>。

28 拙著『国際家族法新論（補訂版）』（文眞堂、2010年）144頁以下。

そして、一般例外条項の場合においては、事案の全体的状況から判断して、その事実関係ないし法律関係が本来の準拠法と稀薄な関連性しか有せず、しかも、他に、より密接な関連性を有する法秩序（密接関連法）が存在する場合には、その法秩序の実質法に優位が認められる。一般例外条項は、正しく密接関連性の原則から由来する規則をその内容としており、理論的に、優先適用のために考慮されるのは、密接関連性であって、特定の規定の内容ではない。特別例外条項は、特定の法律関係について、本来の準拠法が帰属する地よりも、明らかにより密接な関係が認められる地がある場合には、当該地の法に依るべきことを内容とする<sup>30</sup>。

それらの規則に対して、既成事実の例外的連結を定めるオランダ民法典第10編第9条における規則は、次のように分析することができる。先ず、本来の準拠法の適用が斥けられるのは、オランダ抵触規則が「関係外国」の抵触規則と異なる法を準拠法として指定しており、当該関係外国抵触規則が指定する準拠法に依って一定の法的効果、すなわち、当事者の法的地位が規律されることにつき、それを認めないことが当事者の「正当な期待」及び「法的確実性」の許容し難い侵害となるからである。かような条件の下に、例外的連結とは、一定の法的解決に対する当事者の「正当な期待」という当事者利益の保護、及び、「法的確実性」という秩序利益の保護の確保を目して、例外的に、「関係外国」の抵触法に依拠すべきことを内容とする。それらの利益の保護は、必ずしも強行性を有するものである必要はなく、又、当該「関係外国」との関連性は、当事者の国籍や常居所であって、ある程度の幅があり、必ずしも最密接関連性までも要求されるものではない。本来の準拠法の適用に代えて適用される法は、当事者の関係国家の抵触法に依って指定される法であるが、「関係国家」は、準拠実質法との関係においてではなく、準拠抵触法との関係において言え、その内容の如何について干渉することはなく、顧慮されているのは、本来

29 前者として、例えば、中華人民共和国涉外民事関係法律適用法第4条、後者として、例えば、わが国の法の適用に関する通則法第11条及び第12条参照。

30 溜池良夫『国際私法講義（第3版）』（有斐閣、2005年）222頁参照。

の準拠法の適用の場合における一定の法的効果の発生に対する当事者の「正当な期待」及び「法的確実性」に対する著しい侵害の排除である。かくして、優先される準拠法は、「正当な期待」及び「法的確実性」に適う法であるということになる。

## (2) 既得権理論との関係

オランダ民法典第10編第9条が規定する既成事実の例外的連結に関する規則の目的及び適用の要件が明らかになることにより、概念上、既成事実と類似性が認められるのが、国際私法上の既得権 (droits acquis, vested rights, wohlerworbenes Recht) である。既得権の問題は、当初、国際私法において、時間的法律抵触に際しての法律不遡及の原則との関係において、旧法下において生じた既得権を尊重するという考え方、及び、国際私法の根拠又は目的として、外国において生じた既得権を承認するという考え方として位置付けられて、その後、既得権承認の形において法廷地抵触規定の適用を制限する問題として論じられた。すなわち、「通常の連結からの例外」としての既得権という考え方がそれである<sup>31</sup>。そこで、ここにおいては、既成事実の例外と「通常の連結からの例外」との両者について、その異同を検討することとしたい。

国際私法上、既得権の概念については、「その取得において、国際的管轄を有する何れかの国の法秩序が規定するすべての条件に従い、同国において有効に取得され、そして、その有効性が、後に、何らかの理由で、同国と共存する他国の法秩序の支配下に問題とされる権利」と定義され、それは、国際私法上、第一に、外国法適用一般の基礎として、第二に、個々の準拠法秩序の選択の根拠として、第三に、公序の留保条項の補充として、3つの局面における役割を演ずるものとされる<sup>32</sup>。本稿における問題点との関連において、論及されるべきは、連結の原理としての既得権理論、及び、公序の留保条項の補充としてのそれである。

先ず、前者について言えば、それは、準拠法の選定において、外国法に従って有効に取得された権利の承認へ導く法秩序を可及的に選定すべきであるとす

31 西賢『国際私法の基礎』(晃洋書房、1983年) 1頁参照。

32 西賢『既得権理論』澤木敬郎=塚場準一編『国際私法の争点(新版)』(有斐閣、1996年) 所収46頁参照。



る主張として発現する。連結の原理としての既得権理論に対する基本的問題は、外国法に従って取得された既得権が内国においても既得権であるかということである。この点に関し、西賢教授により、次のように説かれている。先ず、サヴィニー (Savigny) の見解として、「既得権の原則は単なる循環に導く。けだし、いかなる権利が既得であるかを知りうるのは、いかなる地域法によって取得の完成を判断すべきかをあらかじめ知っているときのみである」との立場から、法廷地抵触法の定める準拠法によって取得される権利のみが承認されるとの既得権否認論が導かれ、そして、それがドイツ及びわが国における通説であるとされる<sup>33</sup>。又、これに反し、何れかの法秩序に従って存在する権利を既得権として承認しようとするれば、自国法の立法管轄を主張するすべての法秩序は、他国においてこれを適用すべきであると論ずる抵触規定の一方性の体系を構成しなければならないところ、ニボワイエ (Niboyet) は、属地性の原則及び一国の属地法に一致して成立した権利の国際的有効性の原則を立て、抵触規定の一方性を主張しながら、既得権の承認については、外国において外国法に従って取得した権利は、フランス法がそれについて立法管轄を有しない時、及び、公序の留保条項の適用ある場合を除いて、フランスにおいて承認されるとする考えとして、一方主義の再生と位置付けられて論ぜられ、1975年に改正されたフランス民法第310条がこれを導入している。同条は、離婚及び別居に関し、フランスの共通国籍又は共通住所のない場合であって、いかなる外国法にもその立法管轄が認められない時には、法廷地法たるフランス法に依ることを定めているが、外国法が適用されるのは、法廷地抵触法に依るからではなく、当該外国法の立法管轄が認められる場合である<sup>34</sup>。一方主義の下においては、裁判官は、関連する外国法の中、権利を創造する法秩序を探求しなければならず、取り分け、複数の外国法が立法管轄を欲する積極的抵触の場合には、その選択基準は実効性に依って決定されるとの見解が有力である<sup>35</sup>。更に、メイエルス (Meijers) やマカロフ (Makarov) は、既得権承認の原則を一層制限して、関

33 西・前掲47頁参照。

34 西・前掲47頁、更に、拙稿「フランス国際私法における離婚の準拠法—1975年法第310条について—」法学新報86巻7・8・9号263頁以下。

35 西・前掲47頁参照。

連する事実関係が発生する時に、それと本質的に関連する法秩序が、法廷地抵触法が定める準拠法と異なる法を準拠法と宣言する場合にのみ法廷地抵触法からの離脱を要求しており、この理論は、マカロフにより、「抵触規定の地域的変更の理論」と呼ばれ、関係諸国の抵触法の指定の一致を要件として既得権を承認することにより、判決の国際的調和を目指している<sup>36</sup>。

次に、留保条項の補充としての既得権についても、西教授が論ずるところに従って言えば、法廷地抵触規定が指定する準拠法が、事実上、既に有効となった法秩序の支配下に生じた既得権を尊重しないことが著しく法廷地の正義感に反する場合には、通常の連結を排除し、例外的に、それ自体は立法管轄のない法秩序を尊重して、これを適用すべきであると論ずるのがニーデラー(Niederer)による公序の留保条項の補充としての既得権理論である。留保条項の補充としての既得権理論の適用の条件は、先ず、保護されるべき法律関係が、法廷地抵触法上、立法管轄がない外国法により、事実上、有効であること、そして、当該法律関係を尊重しないことが法感情を明白に侵害することである。「既得権の留保条項論」の目指すところは、マカロフの抵触規定の「地域的変更の理論」と実質的に同様であるが、それは、「実効性の原則」とともに、既得権の承認を法廷地抵触法に依る準拠法決定の例外として、法廷地の正義感を根拠に構成している点が特徴であり、具体的事件における衡平及び妥当な解決を目指すものであり、国際私法の補助概念としての既得権の有用性を法廷地の自主的決定に委ねる立場である<sup>37</sup>。

かくして、既成事実の例外の理論は、「関係外国の国際私法によって指定された法律の適用」を顧慮する点において、事実関係が本質的に関連する法秩序が指定する準拠法に優位を認める前者の既得権学説の立場を表現し、又、「当事者の正当な期待又は法的確実性の許容できない侵害」からの回避を目論む点において、一定の法律関係を尊重しないことが法廷地の明白な正義感の明白な侵害に当たるとする後者の既得権学説の立場を表現していると見られる。従っ

36 西・前掲47頁参照。尚、同様の内容を規定する立法として、1951年のベネリュックス三国国際私法条約(未発効)第25条第2項、及び、1969年の同条約(未発効)第21条第2項参照。

37 西・前掲47頁参照。

て、既成事実の例外の理論は、既得権理論の構成要素を多角的に取り入れて理論構成されたものであり、その中核となる「当事者の正当な期待」又は「法的確実性」の保護の理念は、既得権の尊重に由来するものであるとすることができるであろう。

### (3) 総括的考察

かつて、松岡博教授の研究により、準拠法選定における政策考慮については、次のように整理された。すなわち、結果の統一性・判決の国際的調和、国際取引の安全と円滑、内国法の優先、事件に関連を有する国の利益、当事者の利益・正当な期待の保護、法的安定性・適用の容易さ、具体的妥当性の確保、実質法の基礎にある法目的、がそれらである<sup>38</sup>。これらの考慮される利益の中、本稿との関連において言及を要するのは、言うまでもなく、当事者の利益・正当な期待の保護、及び、法的安定性・適用の容易さについてであろう。

まず、オランダ民法典第10編第9条における「当事者の正当な期待」との関連において言えば、それが、松岡教授によって説かれる当事者の利益・正当な期待の保護に該当することは間違いないであろう。その具体的な例として、身分・能力に関する属人法主義は、属人法が当事者と最も密接な関係にある法であり、その適用が当事者の利益を保護するのに最も適切であるという点から正当化されるとして、無能力者の制度は無能力者保護の制度であるからその属人法に依ると説明される。そして、もとより当事者の利益や予測可能性といった要素を法選択における重要な政策考慮である捉えることに異論はないとされながら、例えば、無能力者の本国法の適用が本当に無能力者の保護に適用と言えるであろうかという点を問題とされる。ある国の法の適用が、実質的に見て、ある者の利益を保護するかどうかは、その法の内容を見なければ決定しえないはずであり、生産物責任においても過失責任主義を採る被害者の常居所地法よりも厳格責任主義を採る製造地法の適用が被害者の保護に適用ことが明らかであることと同様である。この場合に、被害者の常居所地法の適用を被害者の利益の保護という理由で正当化することはできないものであり、当事者の利

38 松岡博『現代国際私法講義』（法律文化社、2008年）20頁以下参照。

益の保護という国際私法上の政策考慮は、法の内容を考慮しない法域選択規則 (jurisdiction selecting rule) によって十分に達成されることにはならない。従って、どの法の適用が当事者の利益や正当な期待をより適切に保護しうるかは、問題となっている争点について関連している法の内容と適用の結果を考慮して初めて決定しうるものであると説かれている<sup>39</sup>。これを前出ジンバブエ事件に即して言えば、妻が、土地購入の当時、ローデシア抵触法に依って指定されたローデシア法が別産制を採用していたことから、その後、オランダにおいて離婚した当時、オランダ抵触法に依ってオランダ法が指定されて、共有財産制の適用を甘受することが、妻の「正当な期待」を侵害することにならないか、ということである。この場合には、別産制の適用を信頼して土地を購入した妻に「正当な利益」の存在が認められ、他方、夫には、離婚時の適用法の変動によって保護されるべき「正当な利益」は乏しいと言うべきであろう。従って、ローデシア抵触法に依って指定される法の適用が顧慮されるべき余地があることとなるであろう。

次に、法的安定性・適用の容易さについて言えば、法的安定性の確保、つまり、内容が一定し、その適用の結果が予測しうるということはすべての法秩序に要請される一般的な政策考慮であり、わが国において、プロパー・ローないしは重心理論のみならず、実質法の法目的の分析を重視するアメリカ合衆国の革新的な理論を否定する際、何よりも強調されるのは、法的安定性と予見可能性がその理論に欠如しているからである<sup>40</sup>。法の目的が、正義（具体的妥当性）の実現のみならず、解決の予測性ないし法的安定性にあると考える限り、オランダ民法典第10編第9条における「法的確実性」は保護されなければならない利益である。それを保護するために考えられる2つの側面から、先ず、時間的経過の中で、一定の時点において合法的に取得された権利は、その後における適用法に依って否定されるべきではなく、又、地理的変更の中で、一国において合法的に取得された権利は、その他の国の法に依って否定されるべきではない。第9条は、「既成事実」の保護に依って前者の側面を顧慮し、又、「オラン

39 松岡・前掲書24頁以下参照。

40 松岡・前掲書25頁以下参照。

「国際私法に従って適用される法律」を斥けることにより、解決の国際的調和を確保して、解決の予測性ないし法的安定性を実現しようとしている。ジンバブエ事件に即して言えば、ローデシア抵触法に依る準拠法の選定に同調することにより、一貫した解決が確保されることになる。

## 5 後書き

かつて、ノイハウス (Neuhaus) 教授は、実定的抵触規則と対立しうるような既得権又は既成事実関係の保護の「原則」はドイツ国際私法には知られていないが、このような保護は普通の抵触法の助けで充分実現されうるのであるから、それに相当する例外条項の必要性もないと論じている<sup>41</sup>。しかし、既成事実の例外は、一般例外条項の発動の要件を充たさない場合における当事者の信頼をも保護しようとしている。

かくして、オランダ民法典第10編第9条が規定する既成事実の例外の規則も、「アメリカ抵触法革命」からの影響を強く受けた結果、国際私法の連結政策における利益考慮の一端として導入されたことが明らかになった。すなわち、それは、伝統的な既得権理論を巡る諸学説からの主張を導入することにより、アメリカ国際私法とともに、「当事者の正当な期待」の保護、及び、「法的安定性」の確保を共有しようとしているように見られる。但し、前者のような当事者利益の保護は現代国際私法において優先的に考慮されるべき利益であるのに対して、後者は、解決における「具体的妥当性」の確保と相反する場合もあり、その場合には、寧ろ、「具体的妥当性」に途を譲ることが柔軟な解決であると考えられる場合も少なくないであろう。そのような意味において、本稿において取り上げた既成事実の例外の規則に関するオランダ国際私法規定もまた、正しく、大陸型国際私法に基礎を置きながら、「関係外国」の抵触法に準拠法の選定を委ねる形式をもって、アメリカ型国際私法への接近を試みた一例となる規定であると言えるであろう。

41 パウル・ハインリッヒ・ノイハウス (櫻田嘉章訳) 『国際私法の基礎 理論』(成文堂、2000年) 182頁以下。